

1000 - 011 - 202000002108

Medellín, 2020/07/09

Doctor
DAVID SUÁREZ TAMAYO

Asunto: Respuesta definitiva a la PQRSD 097 de 2020. Radicado 202000000895 del 12 de marzo de 2020.

Cordial saludo señor Suárez Tamayo:

La Contraloría General de Medellín, recibió su comunicación en la que solicita la *derogatoria y/o revocatoria de la Circular 02 del 18 de junio de 2019*, la misma que fue radicada internamente con el No.202000000895 del 12 de marzo de 2020, y matriculada en nuestro Sistema de Información de Participación Ciudadana como PQRSD- 097 de 2020

Dando respuesta a su petición, nos permitimos manifestar lo siguiente:

El día 12 de marzo de la presente anualidad, solicitó a esta Agencia Fiscal la derogatoria y/o revocatoria de la Circular de la referencia, para lo cual y con apoyo en el marco jurídico, se le dio una respuesta preliminar por parte de la Oficina Asesora Jurídica, mediante Radicado 1900-011-202000001877 del 11 de junio de la presente anualidad, indicándole que la respuesta definitiva a la misma, se efectuaría dentro del plazo límite establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo 491 de 2020, sin perjuicio de que la respuesta fuera atendida, antes del fenecimiento del plazo previsto en la precitada normativa.

Estando por ello, en el término tempestivo legal para dar la respuesta se traerá a colación de manera sucinta los motivos cardinales de su importante solicitud, sin que con ello omita los argumentos más relevantes de la misma.

I. Argumentos y fundamentos de la solicitud.

Expone que no queda claro de la lectura de la Circular, si es una simple circular de servicio, ilustrativa, concepto o indicación y que por ello no es claro si se trata de un acto administrativo, independiente de la naturaleza jurídica de la Circular.

Arguye que la misma ha traído bastante confusión no sólo al interior del mismo Órgano de Control, sino también en diferentes entidades públicas, contratistas y abogados que ejercen su labor profesional en el ámbito de la Responsabilidad Fiscal.

La Circular de marras, presenta en su criterio vicios de inconstitucionalidad ilegalidad e inconveniencia, toda vez que el Órgano de Control carecía de competencia para determinar el alcance de los conceptos de AIU en la contratación estatal, en especial lo concerniente a Administración e Imprevistos.

Igualmente, se carecía de competencia para generar normas de carácter vinculante para los operadores jurídicos de la Contraloría en materia de Responsabilidad Fiscal. Los elementos de la Responsabilidad Fiscal, ya están definidos en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011.

El haber actuado por fuera de sus competencias, la regente del control fiscal incurrió en una clara desviación de poder, lo que a su entender acarrea una causal de invalidez y nulidad de dicho acto.

Por otra parte, al expedirse la Circular, se estaría adelantando o pronunciando la segunda instancia, sobre temas que posteriormente habrán de ser objeto de pronunciamiento. La circular en comento, limita la autonomía e independencia de los falladores de primera instancia, despojándolos y de contera, de su propio criterio y profesionalismo.

Censura además, que la Circular desconoce que muchos de los sujetos de control no son pasibles del Estatuto Contractual nuestro y que por ende, la Circular no podía girar en temas estipulados en las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011.

Disiente en otro orden de ideas, en que la Circular incurre en imprecisiones en materia de rigor jurídico y argumentativo al confundir los imprevistos (i) con la figura de la imprevisión, citando jurisprudencias del Consejo de Estado, queriéndole dar el mismo alcance a ambas figuras, lo cual en su sentir es un grave error, hacerles entender las mismas consecuencias.

La Circular 02 del 18 de junio de 2019, pretende tener claro el tema sobre el AIU y en especial sobre el (i), cuando en realidad existieron múltiples conceptos y decisiones en los años 2012- al 2015, lo que evidencia que el tema no era claro. Expone que mal haría la Contraloría, vía circular imponerle a las entidades públicas municipales, la manera cómo deben pactar con sus contratistas los precios en sus contratos y la forma cómo deben entender y darle alcance a los elementos del AIU, sus porcentajes, requisitos y formas de pago, lo que conlleva a una clara coadministración, la cual quedó proscrita del ordenamiento jurídico.

Deprecando por último que *“Dado que sobre la misma circular cursa un proceso ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que lo único que hace es desgastar a la administración de justicia, y a la misma Contraloría, una vez derogada se le debe informar a la jurisdicción para proceder de la mejor manera a dar por terminado dicho proceso.*

O igualmente, haciendo uso de lo establecido en el parágrafo del artículo 95 de la Ley 1437 de 2011(CPACA), podría la Contraloría formular oferta de revocatoria directa, aunque en mi criterio, dado que la circular afortunadamente no llegó a generar efectos negativos, perjudiciales (para lo cual se debe constatar si no hubo fallos con responsabilidad fiscal entre junio 18 de 2019 hasta la fecha, en aplicación de dicha circular), con la derogatoria de la misma, sería innecesaria su revocatoria, salvo que la Contraloría por claridad y responsabilidad con la administración de justicia, ponga en conocimiento del despacho judicial tal situación y determinar cuál sería el mejor camino a seguir y evitar continuar con el desgaste y costos del proceso judicial que actualmente se adelanta, y en su lugar, darlo por terminado”.

II. Consideraciones Jurídicas del Despacho

En la solicitud de manera indistinta se pide o la revocatoria y/o derogatoria de la Circular 02 del 18 de junio de 2019, por lo que el Despacho, precisará que si bien son figuras que persiguen un idéntico objetivo, sus efectos en el tiempo son diferentes.

Así lo ha indicado la jurisprudencia contenciosa, cuando entre otras ha disciplinado¹:
“ (...) como se infiere de la simple lectura del texto que integra el segundo de los actos , no se trata de una revocatoria directa, sino de una derogación , figura que difiere notoriamente de aquélla por su trascendencia en el tiempo. Aunque ambas son formas o modos de extinción de los actos administrativos, sus consecuencias jurídicas en el tiempo son distintas, puesto que al paso que la derogación no es retroactiva (ex nunc), es decir deja sin fuerza o vigencia el acto abrogado para adelante, la revocatoria directa (o revocación se produce por un acto que deja sin efecto, en principio, otro anterior, o sea que, mediante ella, se retrotrae en el pasado como si el acto revocado no hubiere existido”.

No obstante la anterior precisión, el Despacho no accederá a lo exorado, para lo cual precisara lo siguiente:

(i) La Circular 02 de junio 18 del 2019, no desconoce el orden jurídico.

La Circular objeto de revocatoria y/o derogatoria se **limita** a citar contenidos normativos relacionados con aspectos contractuales establecidos en la Ley 80 de 1993 en cuanto a la definición del contrato estatal, las diferentes modalidades de pago que pacíficamente y jurisprudencialmente se ha decantado por la justicia contenciosa en los contratos estatales, a la disgregación y análisis, con soporte en la jurisprudencia de los elementos constitutivos de lo que doctrinariamente y prohijado por la jurisprudencia, se ha entendido del AIU (administración, imprevistos y utilidades), como costos indirectos del valor del contrato estatal. Así mismo, con soporte en la jurisprudencia se detalla el régimen de los riesgos imprevistos y previsibles; los perjuicios y su correspondiente demostración por parte del contratista, todo ello bajo el rasero de lo que en tales aspectos ha sostenido la jurisprudencia contenciosa.

Por otra parte, precisa la Circular los criterios jurisprudenciales que sobre el tópico de los imprevistos y administración, como componentes del **AIU**, ha decantado la jurisprudencia y la doctrina reciente de la Contraloría General de la República para que pueda proceder el reconocimiento de los mismos por parte de las diferentes entidades estatales.

La Circular 02 del 18 de junio de 2019, al establecer y recoger normas jurídicas y criterios jurisprudenciales, no puede ser motivo de revocatoria o derogatoria, pues no transgrede el orden jurídico y de una simple lectura de la misma se colige que

¹Consejo de Estado, Sentencia del 31 de mayo de 2012, Radicado 6800123310002004-01511-01(082509)

el marco jurídico referenciado en ésta, era el vigente al momento de expedirse la Circular objeto de censura.

(ii) presunción de legalidad de la Circular 02 del 18 de junio de 2019.

La Circular 02 del 18 de junio de 2019, hasta el momento, no ha sido ni suspendida ni anulada por la Justicia Contenciosa Administrativa, y por ende goza de presunción de legalidad.

El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, establece:

“Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

El Consejo de Estado ha disciplinado entre otras, sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos al indicar:

“1. Principio de legalidad y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos

con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,” de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”[xii]

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”[xiii]

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”[xiv]

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

De ésta forma, si no se impugna la legalidad de un determinado acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, no puede el juez contencioso administrativo entrar a estudiar oficiosamente si el contenido de éste o la decisión allí adoptada se encuentra ajustada a derecho o no.” (Sentencia del 8 de noviembre de 2016, Radicado 41001-23-31-000-2011-00302-02(57125).

La Corte Constitucional por su parte, ha precisado en este aspecto:

“(…) la existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual” (C-069 de 1995).

(iii) Imposibilidad de revocatoria de la Circular 02 del 18 de junio de 2019.

Como bien se precisó al dar respuesta preliminar a su importante solicitud, en la actualidad cursa un proceso judicial ante el Juzgado Trece (13) Administrativo Oral del Circuito de Medellín con Radicado **0500133330132019004300** medio de control de Nulidad en donde se deprecia la nulidad de la Circular 02 del 18 de junio de 2019, expedida por este Órgano de Control Fiscal. Demanda debidamente notificada a esta Agencia Fiscal, y en la cual se está dentro del término oportuno para su correspondiente contestación.

De manera adicional, en la prosecución de la litis el juez de la causa no accedió a la medida cautelar solicitada por el demandante y debidamente resistida por la Contraloría General de Medellín, como bien lo puede constatar en la página que para el efecto tiene destinada la Rama Judicial.

Así las cosas, esta dependencia no podría revocar la Circular en cuestión, de acuerdo a lo que en tal tópico señala el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011:

“Oportunidad. La revocatoria directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda**”(Lo resaltado es del Despacho).

En este aspecto ha indicado la jurisprudencia contenciosa, entre otras:²

*"Igualmente, según el artículo 95 Ibídem aquella podrá cumplirse en cualquier tiempo incluso "cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", pero en este evento "siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda". De lo anterior se concluye que la atribución de revocatoria directa de los actos administrativos expedidos por la administración se ve limitada cuando la controversia derivada de aquellos -los actos administrativos- es sometida a conocimiento del juez, en este evento nace un límite temporal para su ejercicio -competencia racione temporis-, de forma que esta será solo viable sí y solo sí no se ha notificado el auto admisorio de la demanda. **En otras palabras, la revocatoria directa de un acto que fue demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, solo es posible efectuarla por parte de la administración hasta antes de que el auto admisorio de dicha demanda sea notificado. En estos eventos, el legislador prefirió que fuera el juez, y no la administración, quien se encargara de definir el debate en relación con la validez del acto objeto de controversia"** (Lo resaltado es nuestro).*

En este orden de ideas damos respuesta definitiva y de fondo a su comunicación, en los términos anteriores.

Atentamente,



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralor
DESPACHO DEL CONTRALOR

Proyectó: Elkin de J. Montoya R., Profesional Universitario O.A. Jurídica
Revisó: María I. Morales S., Jefe O.A. Jurídica

² Consejo de Estado, sentencia del 30 de octubre de 2015, Radicado 25000-23-41-000-2015-00543-01